



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –**  
**FAJS**  
**Curso de Direito**

**MARINA CZARNESKI FELÍCIO DOS SANTOS**

**RESPONSABILIDADE CIVIL**  
**PELA PERDA DE UMA CHANCE**

**Brasília**  
**2014**

**MARINA CZARNESKI FELÍCIO DOS SANTOS**

**RESPONSABILIDADE CIVIL  
PELA PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana

**Brasília**

**2014**

**MARINA CZARNESKI FELÍCIO DOS SANTOS**

**RESPONSABILIDADE CIVIL**  
**PELA PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito pela Faculdade de Ciências  
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário  
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde  
Santana

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

Banca Examinadora

---

Héctor Valverde Santana  
Prof. Orientador

---

---

Prof. Examinador

---

---

Prof. Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus e aos meus espíritos protetores, pelo amparo e inspiração durante esses cinco árduos anos de estudo.

Aos meus pais por existirem. Agradeço pela confiança, incentivo, carinho, por colocarem os meus desejos acima dos deles e, principalmente, por toda a força que sempre me deram em todos os momentos. Com certeza, sem eles, hoje eu não estaria aqui.

Ao meu irmão, meu xodó, meu bebê, que, apesar das constantes brigas, sempre esteve ao meu lado.

À minha tia e segunda mãe, Cláudia Czarneski, pela eterna companhia, por me acolher nos momentos mais alegres e difíceis pelos quais eu passei. Só eu sei a sua importância para eu chegar firme ao final deste curso.

Agradeço especialmente, ao meu orientador, Héctor Valverde, pela brilhante orientação e incríveis conhecimentos transferidos, mas em especial pela paciência e disponibilidade durante a elaboração deste trabalho.

Aos meus avós por estarem na minha vida até hoje e sempre acreditarem no meu potencial.

Agradeço ao Thiago Sarkis pela enorme compreensão durante o ano mais difícil de estudo e pelas palavras de conforto que foram indispensáveis para eu concluir mais esta etapa da minha vida.

Agradeço às minhas amigas de fé, irmãs de alma, Fernanda Baracuí, Ana Luisa Tarter e Marcela Gadelha, pelos conselhos, incentivos e por tudo que fizeram por mim durante toda a graduação.

Por fim, agradeço a todos que conviveram comigo durante esses cinco anos e contribuíram de qualquer forma para deixá-los mais leves e felizes.

## RESUMO

A presente monografia trata da teoria da perda de uma chance cujo surgimento ocorreu na França e com o passar do tempo foi sendo admitida em outros países. Essa teoria tem a finalidade de responsabilizar aquele que retira de alguém a oportunidade de auferir uma vantagem ou de evitar um dano. O ordenamento jurídico brasileiro adota a reparação integral quando alguém sofre algum dano, ou seja, a vítima tem o direito de ser ressarcida integralmente dos prejuízos sofridos, de voltar ao *status quo ante*, aquele em que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso. Com isso, a responsabilidade civil pela perda de uma chance é mais uma forma de atingir o objetivo da reparação integral. A teoria da perda de uma chance é um tema controverso, uma vez que ainda possui entendimentos divergentes tanto da doutrina, como na jurisprudência. No entanto, essa pesquisa tem o intuito de demonstrar a importância desse instituto e a aceitação no ordenamento jurídico e na jurisprudência brasileira, tentando dirimir algumas controvérsias que ainda permeiam essa teoria.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Dano. Reparação integral.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CIPA	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
Inc.	Inciso
Ltda.	Limitada
N.	Número
R\$	Reais
SF	Senado Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRT da 3ª. Região	Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais
TRT-MG	Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais
UniCEUB	Centro Universitário de Brasília
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
 CAPÍTULO 1 – NOÇÕES ELEMENTARES DA PERDA DE UMA CHANCE.....	11
1.1 A evolução doutrinária da Teoria da Perda de uma Chance .....	11
1.2 Requisitos da Perda de uma Chance .....	14
1.3 Espécies da Perda de uma Chance .....	17
1.3.1 <i>Frustração da chance de auferir uma vantagem futura</i> .....	18
1.3.2 <i>Frustração da chance de evitar um dano efetivamente ocorrido</i> .....	19
 CAPÍTULO 2 – DOUTRINA NACIONAL .....	21
2.1 Natureza jurídica do dano na responsabilidade civil pela Perda de uma Chance .....	21
2.2 A Perda de uma Chance e o ordenamento jurídico brasileiro.....	22
2.3 A indenização das chances perdidas no Direito brasileiro .....	24
2.4 Perspectivas da Teoria da Perda de uma Chance na Jurisprudência brasileira .....	26
2.5 A responsabilidade civil do advogado na Teoria da Perda de uma Chance	28
2.5.1 <i>Hipóteses de Perda de uma Chance na advocacia</i> .....	30
2.5.2 <i>A responsabilidade civil do advogado por Perda de uma Chance na doutrina e na Jurisprudência</i> .....	32
2.6 A responsabilidade civil pela Perda de uma Chance na seara médica .....	32
2.6.1 <i>A responsabilidade do profissional de saúde</i> .....	33
2.6.2 <i>A responsabilidade civil do médico pela Perda de uma Chance a sua aplicação na Jurisprudência</i> .....	35
2.6.3 <i>A quantificação da perda na seara médica</i> .....	36

<b>2.7 A responsabilidade civil pela Perda de uma Chance no Direito do Trabalho</b>	<b>38</b>
<b>2.7.1 A responsabilidade civil pela Perda de uma Chance do Direito do Trabalho e sua aplicação na Jurisprudência</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE CASO CONCRETO</b>	<b>41</b>
<b>3.1 Análise do caso do “Show do Milhão”</b>	<b>41</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>51</b>
<b>ANEXO A</b>	<b>53</b>



## INTRODUÇÃO

O escopo principal do presente trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito é estudar a responsabilidade civil pela perda de uma chance, apontando o entendimento doutrinário e jurisprudencial. Essa é uma teoria que está amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação vem crescendo, sendo utilizada, inclusive, em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é uma teoria desenvolvida na França, em que a vítima é indenizada pela perda da oportunidade de auferir uma vantagem ou de evitar um dano. A essência do Código Civil (CC) brasileiro é a busca pela reparação integral de alguém que sofre um dano. A perda de uma chance vem como um subsídio a mais para alcançar o objetivo da total reparação.

A teoria da perda de uma chance pode ser vislumbrada em diferentes hipóteses. A doutrina cita sua aplicação de forma mais frequente nos casos de advogados que perdem o prazo para interposição de recursos, retirando, dessa forma, a oportunidade de a vítima ter seu recurso analisado. Não obstante, há a aplicação da perda de uma chance na seara médica, nos casos envolvendo relações trabalhistas, em programas de televisão, em perdas de concursos públicos e em inúmeras outras possibilidades em que se verifica a perda de alguma oportunidade.

A problemática desta monografia é verificar a aplicação e aceitação da doutrina da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento brasileiro e demonstrar sua aplicação na Jurisprudência. Esse problema é oriundo de controvérsias que ainda permeiam a perda de uma chance, como a natureza jurídica do dano decorrente desse tipo de responsabilidade civil e a fixação do *quantum* indenizatório.

A fim de compreender a teoria da perda de uma chance, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo são explanadas as noções elementares da perda de uma chance. Para isso, é abordada de forma sucinta a evolução histórica do instituto, onde ele surgiu e como foi absorvido por alguns países. Ademais, são apresentados também os requisitos para configuração da perda de uma chance e as espécies, quais sejam a perda da oportunidade de auferir uma vantagem e a perda da oportunidade de evitar um dano.

O capítulo subsequente é o mais denso, no qual são reunidos os principais aspectos da teoria da perda de uma chance e suas contraversões. Primeiramente, é analisada a natureza jurídica do dano e a quantificação da indenização decorrentes da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A seguir, trata-se da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive abordando as perspectivas dessa teoria na Jurisprudência brasileira.

Por fim, ainda no segundo capítulo, é feita uma explanação superficial de três modalidades de aplicação da teoria da perda de uma chance. A primeira, um dos casos mais recorrentes que é a responsabilidade do advogado na teoria da perda de uma chance; a seguir, a aplicação na seara médica; e ao final no direito do trabalho. Ainda que seja uma abordagem resumida desses temas, faz-se necessária para demonstrar a aplicabilidade prática do tema em áreas diversificadas e a aceitação pela Jurisprudência brasileira.

No terceiro capítulo é feito o estudo de um caso concreto em que a aplicação da teoria da perda de uma chance foi utilizada em decisão oriunda do STJ. O caso concreto analisado foi o do “Show do Milhão”, em que a vítima sofre a perda da oportunidade de auferir uma quantia em dinheiro devido à formulação de uma pergunta sem resposta em um programa de televisão. Esse foi um dos casos mais conhecidos que envolvem a teoria da perda de uma chance.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é um tema relativamente novo e em ascensão no ordenamento jurídico e Jurisprudência brasileira. Dessa forma, a despeito de já existirem autores que tratem de responsabilidade civil e abordem a perda de uma chance, a quantidade dos que dedicaram obras exclusivas para essa teoria é menor. Com isso, foram utilizadas referências bibliográficas do acervo do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e das bibliotecas do Senado Federal (SF) e do STJ. Além de se fazer a busca jurisprudencial no site do supracitado Tribunal.

Destarte, almeja-se com este trabalho desenvolver o estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a fim de demonstrar a importância desse instituto para tentar ao máximo restaurar a vítima ao *status quo ante*, responsabilizando também aquele que retira de alguém a oportunidade de auferir uma vantagem ou evitar um dano. Com isso, demonstrar os principais pontos nevrálgicos dessa teoria e sua aceitação no ordenamento jurídico e na Jurisprudência brasileira.

## CAPÍTULO 1 – NOÇÕES ELEMENTARES DA PERDA DE UMA CHANCE

### 1.1 A evolução doutrinária da Teoria da Perda de uma Chance

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu na França no final do século XIX. Nelson Nery Junior relata que no início a perda de uma chance era chamada de “chance de uma cura”, visto que essa teoria era aplicada apenas na seara médica.<sup>1</sup> O primeiro caso e mais antigo encontrado na Jurisprudência foi julgado pela Corte de Cassação Francesa, exatamente em dia 17 de julho de 1889. Foi deferida a reparação à vítima que demandou a imputação da responsabilidade de um oficial ministerial. Esse impediu que a demandante obtivesse êxito na demanda, ao interferir no andamento normal do procedimento de forma culposa. Dessa forma, devido a um ato ilícito de um auxiliar de justiça, a vítima deixou de lograr êxito jurisdicional.<sup>2</sup>

Fernando Noronha explica que essa teoria teve seu fundamento com a própria Jurisprudência, ou seja, conforme os casos, gradativamente, foram aparecendo, os próprios tribunais invocavam a perda de uma chance a fim de impor uma indenização ao lesante em favor da vítima.<sup>3</sup> A teoria da perda de uma chance não surgiu em decorrência de um dispositivo legal, apenas foi inserida conforme sua aparição nos casos concretos.

Foi no ano de 1911 que a teoria da perda de uma chance apareceu pela primeira vez no sistema da *Common Law*, com o caso que ficou conhecido como *Chaplin v. Hicks*. Havia um concurso de beleza em que uma das candidatas fora impedida pelos organizadores de participar da etapa final. A modelo perdera, portanto, a possibilidade de ganhar o concurso e receber o prêmio. O que há de

---

<sup>1</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 196.

<sup>2</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 10.

<sup>3</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 668.

interessante nesse caso foi a utilização de porcentagem para definir o *quantum debeatur* da indenização, determinando que a chance perdida em obter algum dos prêmios era de 25%.<sup>4</sup>

Sérgio Savi, como exposto acima, demonstra a introdução dessa teoria em certos países. Na Itália, a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance foi examinada pela primeira vez no ano de 1940.<sup>5</sup> Giovanni Pacchioni abordou situações em que ele considerava ensejadoras da responsabilidade civil quando alguém deixasse de auferir alguma vantagem por culpa de outrem. Entretanto, apesar de Giovanni Pacchioni reconhecer que os lesados realmente teriam motivos para não se resignarem, era muito complicado afirmar com veemência se teriam interesse em propor uma ação indenizatória, posto que a lesão sofrida não fora totalmente certa. Por esse motivo, o autor supracitado não considerava o interesse jurídico de as vítimas em receber uma indenização.

No ano de 1965, esse entendimento continuou a permear com Francesco Busnelli. Portanto, enquanto na Itália ainda havia essa resistência para a responsabilidade civil pela perda de uma chance, como observado, o mesmo não ocorria na França e na Inglaterra, em que a teoria havia sido aceita. A perda de uma chance só começou a ser aceita na Itália com a nova visão de Adriano de Cupis, que preconizava que o dano derivado da perda de uma chance poderia ser aceito como dano emergente. Dessa forma, deixou de considerar o dano da responsabilidade civil pela perda de uma chance como sendo lucros cessantes para aceitá-lo como dano emergente. O autor em referência afirma que a indenização a ser recebida terá que ser sempre inferior ao que a pessoa realmente poderia ter ganhado se o ato de terceiro não tivesse ocorrido. Além disso, não são todas as vezes que o lesado terá direito a ser indenizado.

Adriano de Cupis considerou outra condição para a admissão da indenização pela perda de uma chance, qual seja, a de que simples esperanças sem

---

<sup>4</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 10.

<sup>5</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009. P. 07.

concretude não seriam ensejadoras de reparação. Em relação ao *quantum* a ser recebido, esse autor alega que deve ficar a critério do juiz. Ao final, Sérgio Savi expõe a conclusão de Maurizio Bochiola, que, por sua vez, demonstra que não há o que impeça a admissão da responsabilidade pela perda de uma chance na Itália. Na realidade, a indenização pela perda de uma chance não é perda da vantagem, e sim a perda de auferir uma condição favorável no futuro. Sérgio Savi dispõe que a responsabilidade civil pela perda de uma chance é a possibilidade de se obter uma vantagem, que não pode deixar de ser concreta. O dano pela perda de uma chance deve ser certo e, uma mera probabilidade de ocorrência da vantagem futura não poderá dar ensejo à responsabilidade.<sup>6</sup>

No direito brasileiro, a teoria da perda de uma chance começa a ter respaldo com Agostinho Alvim, que discute acerca da responsabilidade civil do advogado que perde o prazo para interpor apelação, admitindo dessa forma uma reparação pela chance perdida. José de Aguiar Dias é outro autor adepto à responsabilidade civil pela perda de uma chance. Entretanto, ele classifica como se fossem lucros cessantes, alegando a imprescindibilidade de se produzir prova a fim de ensejar a condenação do lesante na perda da chance. Caio Mário é outro autor que acolhe essa teoria. Ele afirma que, tendo uma probabilidade concreta de que a pessoa iria auferir alguma vantagem, poderia haver a responsabilização do lesante. Isto é, somente as chances perdidas que sejam reais e sérias que dariam ensejo à indenização.<sup>7</sup>

Sérgio Cavalieri, com a ascensão da responsabilidade civil pela perda de uma chance, começou a tratar de uma forma mais abrangente esse tema. Para ele, quando alguém retira de outrem a possibilidade de ganhar alguma vantagem, o lesado tem o direito de reclamar tanto dano patrimonial como extrapatrimonial. Antonio Jeová Santos também aceita essa teoria, contudo, admite apenas como um dano tipicamente moral. Por fim, Rafael Pettefi da Silva entende que a responsabilidade civil pela perda de uma chance algumas vezes é classificada como

---

<sup>6</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 18.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 16.

uma classe de dano divergente dos já existentes, outras vezes utiliza-se da causalidade parcial, dando ensejo à perda de auferir uma vantagem.<sup>8</sup>

## **1.2 Requisitos da Perda de uma Chance**

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é aquela em que a vítima, por uma ação alheia, perde a oportunidade de auferir uma vantagem ou de evitar um dano. Essa responsabilidade civil tem como requisitos gerais para sua configuração aqueles básicos que compõem qualquer forma de responsabilidade civil. Primeiramente é o ato ilícito que decorre de uma conduta omissiva ou comissiva, derivada da culpa ou não, em que uma pessoa interrompe o fluxo normal dos eventos da vida da vítima, ato este contundente a impedir que o lesado aufera uma vantagem ou evite um dano.

Por conseguinte, o segundo requisito é o nexo de causalidade. Cuida-se de ligação normativa entre a conduta e o resultado, que nesse caso específico é a perda da chance. Apenas para fins elucidativos, a teoria do nexo causal mais utilizada no Brasil é a teoria da causalidade direta e imediata. De acordo com essa teoria, a causa é apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determina que este último seja como uma consequência sua, direta e imediata.

Por fim, o último pressuposto básico para a configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance é o dano. Fátima Nancy Andrichi explica que o dano não é a perda da vantagem, é exatamente a chance que a vítima perdeu de auferir aquela vantagem. O benefício não ocorreu, portanto, não há como saber com certeza se ele teria ocorrido, sendo este sempre hipotético. Entretanto, é

---

<sup>8</sup> Idem, p. 44-45.

impossível negar que houve a perda da oportunidade de, pelo menos, tentar obter uma vantagem; essa perda da chance, por sua vez, era certa.<sup>9</sup>

Além dos requisitos supracitados, comuns a qualquer responsabilidade civil, a responsabilidade civil pela perda de uma chance tem um pressuposto próprio para que haja a configuração dessa responsabilidade e possível reparação. A chance perdida deve ser séria e real. É preciso que haja uma verdadeira probabilidade, a chance realmente deve ser potencial. Não há que se falar em reparação pela perda de uma chance quando a vítima tinha uma mera expectativa, e a vantagem perdida era apenas uma hipótese, sem concretude.

Gladston Mamede explica, ao fazer alusão à teoria da perda de uma chance, que, para concretizar o dever de reparação pela perda de uma chance, a oportunidade frustrada deve ser analisada de forma objetiva e não podem ser meras expectativas subjetivas. O dever da verificação de cada caso concreto a fim de averiguar a concretude, realidade e seriedade da chance perdida fica incumbido ao juiz, que deverá analisar caso a caso. Observar objetivamente a chance é analisar o grau da certeza da vítima em auferir a vantagem perdida.<sup>10</sup>

Gladston Mamede cita um exemplo da Corte de Cassação que não concedeu a indenização pela perda de uma chance de um dano presente por considerar o dano hipotético. Em síntese, o caso foi da administração de uma corretora de valores que agiu fraudulentamente ensejando a um de seus clientes a perda de obter uma maior valoração em suas ações. Entretanto, a Corte de Cassação francesa não admitiu a indenização pela perda de uma chance nesse caso em conteúdo. Alegou que a chance perdida não era séria e real o suficiente,

---

<sup>9</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 255.

<sup>10</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem à Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 153.



visto que o mercado de ações é muito instável, e mesmo se fosse administrado com a maior diligência, o dano continuaria sendo muito hipotético.<sup>11</sup>

Em relação aos danos futuros, a jurisprudência tem um respaldo maior na concessão da indenização pela perda da chance. Quanto maior o lapso temporal em que o lesado teria a possibilidade de auferir a vantagem, mais hipotético o dano fica, visto que situações alheias podem ser as ensejadoras da perda da chance, e não necessariamente o fato ocorrido. Gladston Mamede cita outro exemplo para demonstrar um caso em que houve impossibilidade de indenização pela perda de uma chance. Uma pessoa foi responsável por um acidente em que causou danos a um menino de apenas nove anos. A vítima pleiteou a indenização pela perda de uma chance alegando que perdeu a chance de auferir no futuro uma profissão qualificada, em decorrência dos danos que o acidente lhe causou.<sup>12</sup>

Sérgio Savi afirma, ao tratar da chance séria e real ensejadora da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que a chance perdida contundente à reparação deve representar mais de 50% na probabilidade que a vítima tinha de auferir a vantagem. Considera-se que houve uma interrupção no limiar normal dos eventos, cujos quais poderiam gerar uma grande vantagem ao lesado. Um fato alheio interrompeu a expectativa que uma pessoa tinha em relação a algo. Contudo, não há mais como afirmar com toda a certeza se o lucro ocorreria ou não. A indenização é pela certeza de que, pelo menos, a oportunidade foi perdida.<sup>13</sup>

Caso fosse possível comprovar com a maior certeza que o evento frustrado ocorreria, o ofensor teria que arcar com tudo que a vítima deixou de auferir. Entretanto, a perda de uma chance ganha espaço na probabilidade que o lesado teria de ganhar, portanto, há que se fazer uma ponderação no quantum a ser indenizado. Dessa forma, a responsabilidade civil pela perda de uma chance ganha respaldo e proteção porque realmente houve a perda da chance de auferir uma

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 153-154.

<sup>12</sup> Idem, p. 154.

<sup>13</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

vantagem. Entretanto, como não há que se falar em certeza dessa vantagem, a indenização deve ser reduzida.

A aludida teoria ganha respaldo ainda maior com o passar do tempo. As pessoas levam maior consideração no princípio da dignidade da pessoa humana, buscando a justiça, a fim de se encontrar o ofensor para que a vítima tenha seu dano minimamente ressarcido. Nelson Nery Junior afirma que para haver indenização pela perda da chance faz-se necessário, ainda, observar se o dano causado foi o único motivo responsável pela vítima não auferir a vantagem, ou se para isso não seriam necessários outros fatores.<sup>14</sup>

Nelson Nery traz ainda um exemplo da aplicação da teoria da perda de uma chance, em que se observa claramente que a chance perdida era séria e real. Um atleta participava de uma competição de corrida em que o prêmio final era determinada quantia em dinheiro. Esse competidor estava em primeiro lugar, quando foi derrubado por alguém. Demorou oito segundos para que o atleta voltasse para a corrida, perdendo seu lugar, e terminando a prova na terceira posição. As periciais médicas indicaram que quando o competidor foi derrubado houve alteração na sua frequência cardíaca e ele acabou perdendo sua destacada performance. Portanto, no caso em conteúdo, restou certo que o atleta perdeu a chance real de sair ganhador e, dessa forma, obter uma vantagem econômica.<sup>15</sup>

### 1.3 Espécies da Perda de uma Chance

A responsabilidade civil pela perda de uma chance possui duas grandes classificações, quais sejam, a perda da chance de auferir uma vantagem futura e a perda da chance de se evitar um dano que efetivamente ocorreu. Fernando Noronha

---

<sup>14</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 199.

<sup>15</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 200.

subdivide a segunda em duas categorias: “a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance por falta de informação”. A primeira estaria ligada a uma ação independente de qualquer ato do lesado e na segunda o dano está intrinsecamente ligado a um ato da própria vítima.<sup>16</sup>.

### **1.3.1 Frustração da chance de auferir uma vantagem futura**

A perda da chance de auferir uma vantagem futura é a mais largamente utilizada. A maior parte dos casos jurisprudenciais em se envolve a teoria da perda de uma chance está entorno dessa modalidade. Na França, onde essa teoria nasceu e lugar onde está mais dissipada e aceita, é conhecida pela perda de chance clássica. Essa submodalidade da perda de uma chance surge quando alguém interrompe o limiar normal dos fatos da vida da vítima e acaba impedindo que esta aufera uma vantagem no futuro ou evite um prejuízo no futuro.

Vale destacar que é impossível saber com veemência se a vantagem futura iria acontecer. Caso fosse possível ter essa certeza de ocorrência, a teoria da perda de uma chance não seria rechaçada de tantas dificuldades, visto que o lesante teria que indenizar a vítima na mesma extensão da vantagem que esta deixou de auferir. Entretanto, há a responsabilização pela efetiva perda da oportunidade, esta sim tem como comprovar que era séria, real e contundente de gerar uma vantagem.

Fernando Noronha explica que, nessa modalidade, a vítima deixou de auferir uma condição futura melhor. Essa vantagem futura pode advir tanto da perda da expectativa de obter uma vantagem, como da perda de se evitar um dano futuro. Com essa interrupção não terá mais como saber se realmente o evento futuro iria ocorrer, mas a oportunidade que se perdeu é certa e deve ser indenizada. Alguns exemplos são citados, tais como: alguém que fica impedido de fazer um vestibular ou alguma prova de concurso público, em decorrência de um acidente; uma pessoa

---

<sup>16</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 668.

que é impedida de realizar a terceira e última prova para se tornar juiz; um advogado que perde o prazo de recurso, deixando a vítima sem a possibilidade ter uma decisão favorável; uma mulher que se casa com um médico bem-sucedido e este é assassinado, acabando com as expectativas da mulher de ter uma vida economicamente mais fácil, entre outros.<sup>17</sup>

Em todos os casos demonstrados acima há um evento presente que acaba com as chances das expectativas do futuro. Um resultado que era esperado pela vítima fica impedido de acontecer por um ato de outrem. O exemplo do advogado que perde o prazo de interposição do recurso é ilustrativo para demonstrar as duas submodalidades da frustração da chance de auferir uma vantagem futura. Se a parte era a autora da demanda e pleiteava uma indenização que havia sido rejeitada pelo juiz de 1º grau, com a perda do prazo, ela foi privada da chance de obter uma vantagem. Por outro lado, se a parte era ré e estava sendo condenada a pagar uma indenização que considerava improcedente, com a perda do prazo, a parte perdeu a chance de evitar um prejuízo futuro, qual seja, o de pagar a indenização.<sup>18</sup>

### **1.3.2 Frustração da chance de evitar um dano efetivamente ocorrido**

Nesta modalidade de perda de uma chance, o prejuízo ocorre porque o limiar dos fatos não foi interrompido, sendo que assim poderia ter sido feito. Portanto, faz-se necessário que o processo já estivesse em curso e que havia possibilidade de o dano ser evitado, mas não o foi. Ocorre que, caso se tenha a certeza absoluta de que o evento danoso efetivamente não aconteceria se outrem tivesse realmente evitado, apresenta-se uma situação que obrigatoriamente deveria haver indenização. Nessa hipótese, a natureza não será meramente aleatória e sim de certeza.

---

<sup>17</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 671-672.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 672.

Está certo de que o dano é decorrente do limiar dos fatos que estava em curso. A dúvida agora é saber se efetivamente poderia ter evitado o dano, se alguma providência tivesse sido tomada. Fernando Noronha traz um caso exemplificador desta modalidade. Uma loja é furtada, e o sistema de alarme não funcionou. Não há como saber com certeza que, se o sistema de alarme funcionasse corretamente, o estabelecimento não teria sido furtado. No entanto, a empresa do sistema de alarme foi responsabilizada, visto que a loja perdeu a chance de não ser furtada.<sup>19</sup>

Tem-se por fim, um exemplo da perda da chance de evitar um dano efetivamente ocorrido por falta de informação. Um surdo-mudo que foi submetido a uma cirurgia que curou sua surdez-mudez, mas que lhe causou uma paralisção na face. Entretanto, essa possibilidade não foi informada ao paciente e, além disso, havia outras formas de tentar curar o problema dele. Então, houve a responsabilidade do médico que por falta de informação impediu que um dano fosse evitado.

---

<sup>19</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 677.

## CAPÍTULO 2 – DOUTRINA NACIONAL

### 2.1 Natureza jurídica do dano na responsabilidade civil pela Perda de uma Chance

Fátima Nancy Andrichi explica que a responsabilidade civil pela perda de uma chance para ser considerada como instituto autônomo, ou seja, como uma indenização separada das demais deve haver a distinção entre lucros cessantes e dano emergente. O dano emergente é aquele sofrido diretamente no patrimônio da vítima, há uma redução econômica em seus bens. O lucro cessante é relativamente o que a vítima deixou de ganhar em decorrência do ilícito. O lucro cessante é decorrente do dano emergente, e ambos têm o nexo causal com o ato cometido pelo lesador.<sup>20</sup>

A autora supracitada apresenta um exemplo em que mostra a distinção entre o dano emergente, o lucro cessante, e a perda de uma chance. É o caso de a vítima de um acidente de trânsito ser um taxista que participaria de uma competição pública a fim de ser motorista de determinada órgão público. Esse taxista tinha grandes possibilidades de sair vencedor, já que apresentara as melhores propostas. O causador do acidente, portanto, deve indenizar o taxista pelo dano emergente, devido ao dano material que causou ao carro da vítima. Terá também responsabilidade pelo lucro cessante, visto que o taxista dependia de seu automóvel para receber dinheiro todos os dias. Por fim, o lesante deve ser responsabilizado por fazer com que o taxista auferisse uma vantagem no futuro, qual seja a de sair vencedor no certame licitatório.<sup>21</sup>

Fica claro que a chance perdida não pode resultar em apenas uma mera expectativa de auferir a vantagem. Deve ser séria e real, com elementos concretos que havia probabilidades da vítima em receber a vantagem, ou mesmo evitar um

---

<sup>20</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 252.

<sup>21</sup> Ibidem.

dano. Deve ser estabelecido um percentual entre a chance perdida e a possibilidade da aferição da vantagem. Portanto, deve-se considerar o dano pela perda da chance diferente do dano emergente e do lucro cessante.<sup>22</sup>

Fátima Nancy Andrigli traz um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que demonstra a diferença entre o dano pela perda de uma chance, o dano decorrente do lucro cessante e o dano emergente. Em verdade, a perda de uma chance está entre o dano emergente e o lucro cessante. A perda de uma chance faz com que a vítima perca a oportunidade de obter a vantagem esperada, mas que tinha reais probabilidades de vir a se concretizar.<sup>23</sup>

Felipe Cunha de Almeida explica que a natureza jurídica do dano da responsabilidade civil pela perda de uma chance é uma questão muito controvertida. Até mesmo os tribunais encontram dificuldade em atribuir essa natureza jurídica ao impor uma indenização pela perda de uma chance. Aponta que esse dano seria uma terceira espécie, entre dano emergente e lucro cessante. O dano decorrente da responsabilidade civil pela perda de uma chance não é o dano material em si, visto que a pessoa ainda não possuía a esperada vantagem. Também não é lucro cessante, uma vez que não era uma vantagem certa que já acontecia na vida da vítima. O dano decorre exatamente da perda da chance de auferir a vantagem esperada.<sup>24</sup>

## **2.2 A Perda de uma Chance e o ordenamento jurídico brasileiro**

De forma notória, verifica-se que a teoria da perda de uma chance não é prevista expressamente no ordenamento brasileiro. Existem alguns doutrinadores que não admitem a indenização pela perda de uma chance, afirmando que essa

---

<sup>22</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 253.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 254.

<sup>24</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Revista jurídica: a teoria da perda de uma chance a responsabilidade civil do profissional da saúde sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Revista Jurídica, 2013. p. 84.

teoria encontra óbice no art. 403<sup>25</sup>, do Código Civil (CC). Entendem que o dano da perda de uma chance não seria efetivo, visto a incerteza de obter ou não a vantagem futura. Não obstante, nessa teoria, o dano repousa na perda da chance de auferir a vantagem e não na vantagem perdida propriamente dita.<sup>26</sup>

Quando um candidato de um concurso perde o horário do começo em virtude do atraso de um transportador e não consegue realizar o exame, não há como saber se ele realmente passaria no concurso, caso não houvesse atraso, visto que poderia estar despreparado. Todavia, é certo que o candidato perdeu a chance de, pelo menos, tentar passar. Diante desse exemplo, observa-se que não há como comprovar o nexo causal entre o ato ilícito e a perda do que poderia obter caso passasse no concurso. Por outro lado, há ligação direta entre este ato e a perda da chance de realizar a prova. Não há que se falar em contrariedade ao art. 403, do CC, ao reconhecer a obrigação de indenizar em virtude da perda de uma chance.<sup>27</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro não traz em seu bojo nenhum dispositivo legal a cerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Dessa forma, fica a cargo da jurisprudência e doutrina traçarem os requisitos, e as hipóteses em que será possível uma reparação, tendo por base a teoria da perda de uma chance. Nelson Nery e Rosa Maria Nery apregoam que a Jurisprudência brasileira, apesar de admitir a perda de uma chance, é bastante exigente em sua configuração, cuja demonstração de vários requisitos faz-se necessária.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Art. 403, do Código Civil de 2002: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

<sup>26</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 256.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 202.



### 2.3 A indenização das chances perdidas no Direito brasileiro

Fazer a valoração de danos é uma tarefa árdua quando não se parte de elementos concretos. A perda de uma chance é um desafio ainda maior, entretanto conforme preconiza o princípio da indenização integral, esta também deve ser indenizada, uma vez que todo ato lesivo deve ser reparado. Em regra geral, o dano é indenizado em sua exata extensão. Fátima Nancy Andrichi explica que para chegar ao valor indenizatório decorrente da perda de uma chance deve se considerar o dano concreto e fazer uma porcentagem da relação desse dano com a perda da ocorrência da vantagem futura.<sup>29</sup>

O valor da indenização não recai na hipotética vantagem que a vítima poderia ter recebido, caso o ato não tivesse ocorrido. É em decorrência da própria chance perdida, que também possui valor econômico. A indenização será valorada conforme a demonstração da vítima acerca da porcentagem de chance que ela teria em auferir a vantagem futura. A título de exemplo, uma empresa de aviação foi condenada a pagar 20% do quantum que a vítima deixou de auferir caso ganhasse a licitação, já que foi impedida por ter sua bagagem, que continha os produtos que utilizaria no certame licitatório, extraviada.<sup>30</sup>

No que concerne à indenização pela perda de uma chance, esta deve abarcar um percentual razoável ao prejuízo patrimonial que a vítima sofreu. Ocorre que, quando alguém perda a chance de auferir uma vantagem futura ou de evitar um prejuízo, pode vir a sofrer danos extrapatrimoniais. Esses danos, já pacificados na doutrina e Jurisprudência, têm o dever de serem reparados. Portanto, ao fixar uma indenização pela perda de uma chance, a vítima deve ser reparada tanto do dano material, como do dano moral, caso este ocorra.

---

<sup>29</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 257.

<sup>30</sup> Ibidem.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery, ao tratar do *quantum debeatur* em relação à indenização decorrente da perda de uma chance, afirmam que o juiz deverá analisar criteriosamente cada caso concreto. Ademais, deve ser estipulado um valor que vise compensar a vítima pela chance perdida e não efetivamente pela vantagem que ela deixou de auferir ou dano que deixou de evitar. O magistrado deve basear-se em um valor que não acarrete no enriquecimento ilícito, mas que também não seja ínfimo a ensejar um prejuízo à vítima.<sup>31</sup>

Gladston Mamede explica que a indenização pela perda de uma chance deve, necessariamente, sempre ser menor do que o valor da vantagem que outrora era esperado pela vítima. A título de exemplo, traz um caso em que um acórdão foi cassado ao impor ao advogado o pagamento de uma indenização do valor total da causa por perder o prazo de interposição de recurso, visto que a indenização deveria ter sido calculada com base apenas na chance perdida em ter o recurso analisado.<sup>32</sup>

Encontra-se, diversas vezes, na doutrina o errôneo entendimento de a indenização pela perda de uma chance ser apenas uma reparação parcial e não integral. Ao dispor dessa forma, obviamente leva-se em consideração o dano final, ou seja, a vantagem que a vítima deixou de auferir, ao passo que a indenização deve recorrer da chance perdida. Portanto, a perda de uma chance também segue o princípio norteador da responsabilidade civil, qual seja o da reparação integral, uma vez que a chance perdida deve ser reparada integralmente.

O objetivo crucial da responsabilidade civil é garantir que a vítima seja reparada de forma integral. A indenização deve ter o condão de reestabelecer a vítima ao seu *status quo ante*, ou seja, àquele estado em que ela se encontrava antes da ocorrência do evento danoso. Ao limitar a reparação devida é exigir que a

---

<sup>31</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 212.

<sup>32</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem à Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 156.

vítima suporte o ônus da parte não reparada, o que seria algo extremamente injusto, visto que o andamento natural dos fatos foi interrompido por um ato ilícito de outrem.

Rafael Peteffi da Silva é outro autor que discorre acerca da quantificação da indenização na responsabilidade civil pela perda de uma chance. Rafael Peteffi, com uma opinião não divergente dos autores supracitados, explica que esse tema é tormentoso e deve ser analisado cautelosamente pela jurisprudência brasileira. Além disso, acrescenta que a maior parte dos juízes deixa essa quantificação do dano à responsabilidade aos juízes da execução, exatamente por ser uma questão que demanda um trabalho mais árduo. Em decorrência dessa dificuldade, mesmo quando vem uma decisão relativa à indenização pela perda de uma chance, esta vem desprovida dos critérios específicos que foram utilizados pelos julgadores. Acarreta-se, dessa forma, uma imagem de que fora empregado apenas o critério subjetivo do juiz.<sup>33</sup>

## **2.4 Perspectivas da Teoria da Perda de uma Chance na Jurisprudência brasileira**

Rafael Peteffi explica que o elemento primordial para a aquiescência da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro é a nova forma de enxergar as probabilidades. Portanto, com essa evolução, a própria perda da chance de auferir uma vantagem passou a ter valor patrimonial e até mesmo extrapatrimonial, uma vez que pode se provar cada vez mais a concretude das chances perdidas.<sup>34</sup>

Com o passar do tempo, o dano decorrente da perda de uma chance tem se tornado cada vez mais um dano certo, e não aquele meramente hipotético. Deve-

---

<sup>33</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 205.

<sup>34</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 215.

se afirmar também que não se encontram óbices no ordenamento jurídico do País para a utilização dessa teoria como forma de reparação à vítima. Portanto, poder-se-ia imaginar que a aceitação da perda de uma chance está cada vez maior na Jurisprudência brasileira.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery dispõem que a admissibilidade da teoria da perda de uma chance ainda é um pouco limitada, mas que tanto a doutrina como a Jurisprudência vêm utilizando-a em um maior número de vezes. A primeira vez que essa teoria foi utilizada foi nos tribunais do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul. Contudo, o avanço da aplicação dessa teoria é, com o passar do tempo, cada vez mais visível nos tribunais brasileiros.<sup>35</sup>

Conforme já tratado, a teoria da perda de uma chance no ordenamento brasileiro adveio da França, onde ocorreu surgimento. Com isso trouxe em seu bojo algumas características. No começo, a principal aplicação da perda de uma chance foi na seara médica. Atualmente, ela é encontrada na decisão de inúmeras hipóteses, como a perda de uma chance do advogado, perda da chance em jogos, perda da chance nas licitações, perda da chance nos extravios de bagagens, entre outras.

Cláudia Mara, Carlos Brandão e César Rabelo também elucidam a aplicação da teoria da perda de uma chance no País. É uma teoria mais ou menos recente no Brasil. Devido a não inserção de dispositivos específicos acerca da teoria da perda de uma chance no CC brasileiro, sua análise, conhecimento e diretrizes para a aplicação ficaram ao encargo da própria doutrina e jurisprudência. Devido a essa lacuna na lei, existe muita dissonância nos fundamentos que são utilizados para aplicar essa teoria.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 207-208.

<sup>36</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, César Leandro de Almeida. *Revista síntese: Direito Civil e Processual Civil*. Rio de Janeiro: Simone Costa Salleti Oliveira, 2013. p. 34.

A fim de exemplificar como a aplicação da perda de uma chance tem encontrado respaldo em diversas áreas, os autores supracitados trouxeram uma decisão do Rio Grande do Sul. Foi deferida uma indenização a um atleta que iria participar de uma competição de bicicleta. O competidor perdeu de realizar a inscrição para a etapa final em decorrência de a empresa de ônibus negar despachar os seus pertences. Dessa forma, o atleta teve que aguardar por outro ônibus, acarretando na perda do horário de fazer a inscrição. Diante disso, a reparação foi calculada pela chance perdida do competidor de ganhar o campeonato e também por danos psíquicos que ele teve de enfrentar.<sup>37</sup>

## **2.5 A responsabilidade civil do advogado na Teoria da Perda de uma Chance**

Luiz Carlos de Assis explica que a responsabilidade civil perda de uma chance do advogado parece, sob a égide de alguns aspectos, com a própria teoria geral da responsabilidade civil do advogado. A culpa é um pressuposto indispensável para a caracterização da responsabilidade civil do advogado. Entretanto, em que pesem algumas características serem iguais, há de se saber que o nexo de causalidade e o dano são dois pressupostos que possuem certa especificidade a fim de caracterizar a responsabilidade do advogado pela perda de uma chance. Além desses requisitos, não se pode deixar de demonstrar que a chance era séria e real.<sup>38</sup>

O primeiro aspecto a se observar é o nexo de causalidade. Não há que se falar em responsabilidade civil do advogado, sem demonstrar o nexo causal entre a chance que o cliente perdeu e a conduta ilícita causada pelo advogado. Deve restar claro que a causalidade não é entre o ato ilícito e a vantagem que a vítima, no caso o cliente deixou de auferir ou o dano que deixou de evitar, e sim entre a conduta e a chance perdida propriamente dita. Caso fosse necessário demonstrar o nexo causal entre a conduta ilícita e a vantagem perdida, a responsabilidade civil pela perda de

---

<sup>37</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>38</sup> ASSIS, Luiz Carlos de. *Revista Forense: a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 500.

uma chance, só poderia ser aplicada se houvesse uma criação de fatos que não ocorreram a fim de determinar a indenização.

De forma clara, como já demonstrado em diversos momentos, a responsabilidade civil pela perda de uma chance não é indenizada em qualquer circunstância em que haja a perda de uma chance de auferir alguma vantagem ou evitar certo dano. A chance perdida deve ser séria e real. Luiz Carlos de Assis afirma que não é absolutamente impossível a indenização decorrente de uma chance com percentual inferior a 50% de chance de ocorrer o resultado esperado. Entretanto, nesses casos, a atenção deve ser redobrada, a fim de não ensejar caracterização da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que o dano deve ser certo, e não apenas com um alto grau de incerteza.<sup>39</sup>

Luiz Carlos de Assis estabelece certos critérios que facilitam na determinação da porcentagem da chance perdida pelo cliente. Devem ser analisados todos os critérios fáticos e jurídicos que permeavam à época em que o cliente contratou o advogado. Como os Tribunais estavam decidindo acerca do assunto, a prescrição do direito, ou seja, tudo que influiria na chance do cliente em obter o resultado esperado. Aliás, essa perspectiva deve ser realizada pelo próprio advogado, o qual aconselha o cliente a entrar ou não com a pretensão, demonstrando as chances que ele terá. Assim, a chance perdida poderá ir de 0 a 100%.<sup>40</sup>

Cabe ressaltar que o valor da indenização advindo da responsabilidade civil pela perda de uma chance nunca deve ser igual ou superior ao valor do benefício pretendido pela vítima. Se a chance perdida fosse considerada como 100% é o mesmo que falar em indenização pelo resultado e não pela perda da chance. Por conseguinte, para se obter o *quantum debeatur* deve-se multiplicar o percentual da chance perdida pelo resultado esperado. Fica claro, então, que obter

---

<sup>39</sup> ASSIS, Luiz Carlos. *Revista Forense*: a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 501.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 502.

o valor da indenização pela perda de uma chance é uma tarefa árdua, e que muitas vezes há de ser realizada por arbitramento do juiz.<sup>41</sup>

No que tange à responsabilidade do escritório de advocacia, diferentemente do advogado pessoalmente, esta será objetiva. Em consequência, para a configuração da responsabilidade civil do escritório, não é necessário demonstrar a culpa. Não obstante, tanto o escritório, como o advogado têm uma responsabilidade de meio, e não de fim. A obrigação é agir de forma correta e eficaz, mas sem a obrigação de obter um resultado esperado.

Fátima Nancy Andrichi explica que essa diferença entre responsabilidade de meio e de fim não tem influência na responsabilidade civil pela perda de uma chance. Isso ocorre exatamente pelo nexo de causalidade nessa modalidade de responsabilidade civil. O nexo causal é entre a conduta ilícita do advogado e o pedido julgado improcedente. Dessa forma, o advogado irá responder quando, por imprudência, negligência ou imperícia, restar no prejuízo à vítima de não ter a pretensão analisada pela justiça.<sup>42</sup>

Fátima Nancy Andrichi dispõe que a responsabilidade civil é gerada pela perda de a vítima ter suas teses e circunstâncias analisadas pelo poder judiciário e não a própria perda da vitória, uma vez que essa não tem como ser provada com veemência que ocorreria.<sup>43</sup> Portanto, a chance perdida é que deve ser considerada, desde que seja concreta, real e séria o suficiente a fim de ensejar a possível aferição da vantagem.

### **2.5.1 Hipóteses de Perda de uma Chance na advocacia**

---

<sup>41</sup> ASSIS, Luiz Carlos de. *Revista Forense: a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 502-503.

<sup>42</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 262.

<sup>43</sup> Ibidem.

Uma das situações comumente aferidas na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance é na hipótese da não propositura da ação em tempo hábil, ocorrendo a prescrição. A simples incidência da prescrição não caracteriza por si só a seriedade e realidade da chance perdida e, dessa forma, nem sempre a indenização é admitida. Os casos que mais geram a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance são as perdas de prazo de interposição de recursos.

Luiz Carlos de Assis cita algumas hipóteses de ocorrência ou não da responsabilidade pela de uma chance do advogado. Por exemplo, no caso em que o advogado deixa de recolher as custas recursais por si só não são capazes de gerar a indenização. Por outro lado, quando há o extravio de um processo, demandando a restauração dos autos, e o advogado, negligentemente, deixa de proceder à restauração e tampouco avisa à vítima é um caso em que pode haver a indenização pela perda de uma chance.<sup>44</sup>

Outra forma de caracterizar a responsabilidade do advogado pela perda de uma chance é não propositura da ação rescisória no prazo de dois anos, ensejando à vítima a perda da chance de ter seu direito validado. Isso ocorre nos casos em que o advogado é contratado para tanto. Analisando sob a perspectiva inversa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a propositura da ação rescisória pelo advogado afasta a responsabilidade civil pela perda de uma chance imputada a ele pela perda do prazo de interposição de recurso.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery também discorrem acerca de algumas hipóteses em que acarretam a responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. Além dos exemplos já citados anteriormente, a responsabilidade pode decorrer da imprevidência do profissional quanto à Jurisprudência da época de propositura da ação. Há também possibilidade de indenização quando não é observado algum dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro, e até mesmo

---

<sup>44</sup> ASSIS, Luiz Carlos de. *Revista forense: a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 504.



quando o advogado perde o processo por propor ação ou recurso diverso do que era o correto.<sup>45</sup>

### **2.5.2 A responsabilidade civil do advogado por Perda de uma Chance na doutrina e na Jurisprudência**

Resta claro que a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, apesar de uma aplicação desuniforme, é matéria aceita tanto da doutrina, como na Jurisprudência brasileira. A responsabilidade do advogado na perda de uma chance já é aceita e aplicada nas decisões há mais de vinte anos no Brasil. Os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro são os estados em que se observa a maior aplicabilidade dessa modalidade de responsabilidade civil.

## **2.6 A responsabilidade civil pela Perda de uma Chance na seara médica**

Foi a partir da responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance que a teoria da perda de uma chance foi introduzida, tanto na França, onde ocorreu o surgimento, como no Brasil. Os primeiros casos e as primeiras doutrinas que trataram desse assunto ocorreram na seara médica.

A responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance tem grande importância, visto que a vítima, ou seja, o paciente, encontra-se em uma situação em que perde a chance de se curar ou até mesmo de sobreviver. Sabe-se que a teoria da perda de uma chance ganha alicerce quando o lesante comete um ato ilícito que retira a chance da vítima de auferir uma vantagem ou impedir que um dano ocorra. Cabe destacar que houve um dano real e não hipotético, pois a vítima de fato perdeu uma chance.

---

<sup>45</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 204.

Felipe Cunha de Almeida explica que a responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance pode decorrer tanto de uma ação ou omissão que retira da vítima a chance de curar alguma enfermidade ou então de impedir que alguma doença se alastre. Cita-se o exemplo em que um médico retarda ao oferecer um diagnóstico da doença que acomete a vítima, e quando ele, finalmente faz o diagnóstico, os métodos existentes para tentar a cura são inoficuosos e a vítima morre. Não há como se afirmar com certeza absoluta que se o diagnóstico fosse apresentado antes, a vítima teria sobrevivido, devido à periculosidade da doença. Porém, não tem como negar que o médico retirou, ao menos, um percentual da chance que a vítima tinha de tentar obter a cura.<sup>46</sup>

A aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica que possibilita à vítima a vantagem de receber uma indenização quando não é aplicada a diligência necessária pelo médico a fim de se obter um resultado favorável ao paciente. Portanto, não se faz necessária a comprovação de que caso fossem aplicados de forma correta todos os procedimentos, a vítima teria obtido a vantagem de se curar. Apenas prova-se que o paciente perdeu certa porcentagem de chance de auferir um resultado melhor.

### **2.6.1 A responsabilidade do profissional de saúde**

A responsabilidade civil do médico é uma responsabilidade contratual, visto que é firmado um contrato entre o médico e o paciente. A obrigação dos profissionais liberais é de meio, e não de resultado. Destarte, não há que se falar em presunções de culpa. O que ocorre é que apesar da responsabilidade ser subjetiva, tendo a vítima o dever de provar a negligência, imprudência ou imperícia do médico, há uma prestação de serviço na relação médico-paciente. Dessa forma, o juiz poderá, amparado no Código de Defesa do Consumidor inverter o ônus probatório.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Revista Jurídica: a teoria da perda de uma chance a responsabilidade civil do profissional da saúde sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Revista jurídica, 2013. p. 75.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 77.

A relação existente entre o médico e o paciente, como mencionado, é de meio. Portanto, o profissional da saúde tem apenas a obrigação de atuar de forma cautelosa, com o emprego de todos os meios necessários para alcançar o resultado esperado e aplicação dos instrumentos cabíveis. Não há que se falar que o resultado esperado deve acontecer para que o médico se exima de responsabilidade, pois isso somente ocorre nas obrigações de fim. Sucede que há certas distinções em relação à atuação desse profissional e a dos demais. Faz-se necessário que o profissional da medicina despenda um empenho maior que os demais.

Um dos principais deveres que concerne ao médico está predisposto no art. 6º, inc III<sup>48</sup>, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O profissional da medicina tem o dever de informar claramente todos os riscos e os possíveis resultados, tanto ao paciente, como a sua família.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery explicam que para haver a responsabilidade do médico pela perda de uma chance os fatores extrínsecos que devem ser observados. A própria vítima ou seus descendentes, no caso de haver óbito, devem comprovar que havia uma chance real de cura ou de sobrevivência e esta foi retirada ou diminuída por atos negligentes, imprudentes ou imperitos dos médicos.<sup>49</sup>

Além disso, como já foi ressaltado o nexo de causalidade é entre o ato ilícito do médico e a chance perdida. A vítima terá que provar que havia probabilidade de cura. Não há que se falar em responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance quando, por exemplo, a vítima tinha uma grave enfermidade, o médico agiu da forma mais prudente possível, utilizou todos os instrumentos necessários e, mesmo assim, o paciente veio a óbito.

---

<sup>48</sup> Art. 6º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor: “A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

<sup>49</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 204.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery explicam que a teoria da perda de uma chance em relação ao médico é aplicada de duas formas, quando o paciente perde a chance de sobreviver e quando é retirada a chance de curar alguma doença. A segunda hipótese é exemplificada no caso em o médico abstém-se de informar ao paciente que será necessária a realização de quimioterapia para a chance de cura de um câncer.<sup>50</sup>

### **2.6.2 A responsabilidade civil do médico pela Perda de uma Chance a sua aplicação na Jurisprudência**

Felipe Cunha de Almeida explica que a teoria pela de uma chance na seara médica tem tido muita repercussão nas decisões dos tribunais do País, e, em diversas vezes, tem havido sua aplicação. Há uma decisão do STJ que aplicou a perda de uma chance no óbito de um paciente que teve um tratamento de câncer inadequado. Entende-se que a utilização pelo médico de um tratamento inapropriado retirou da vítima um percentual de chance de obter sua cura. Dessa forma, o valor indenizatório deverá ser calculado fazendo a proporção entre o dano final e a chance perdida.<sup>51</sup>

Além do Superior Tribunal de Justiça, é possível ver a aplicação desse instituto nos tribunais estaduais também. Apenas a título ilustrativo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) já aplicou a teoria da perda de uma chance quando houve morte decorrente de erro de diagnóstico feito pelo profissional de saúde. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) também já aplicou a teoria da perda de uma chance no seguinte caso: houve morte de uma criança que estava com broncopneumonia, ficou internada no hospital vários dias e não foi transferida para a Unidade de Terapia Intensiva (UTI). O médico foi responsabilizado pela perda

---

<sup>50</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 205.

<sup>51</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Revista Jurídica: a teoria da perda de uma chance a responsabilidade civil do profissional da saúde sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Revista jurídica, 2013. p. 80.

da chance da criança em obter um resultado mais favorável, qual seja, garantir sua vida.<sup>52</sup>

A partir dos exemplos supracitados, fica claro que a indenização pela perda de uma chance não recai no bem propriamente dito, e sim na perda da chance de obter esse bem. É a perda da chance da vítima se curar ou de sobreviver. Isto posto, deve haver um juízo se a vítima realmente teria chances de cura, acaso fosse empregada de forma correta a atuação do profissional liberal. Além disso, a indenização pela perda de uma chance deve ser sempre inferior à indenização que seria caso fosse feita em relação ao dano final.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery comentam que há uma aplicação adequada da teoria da perda de uma chance em relação aos profissionais da área médica. Contudo, há que se lembrar que a infraestrutura médica do Brasil é bastante precária, o que acarreta limitação do trabalho do profissional e aumenta as chances de certos procedimentos não ocorrerem de forma esperada. Mas nada disso justifica a não responsabilização do médico caso tenha uma conduta ilícita.<sup>53</sup>

Fátima Nancy Andrigli cita uma decisão da 3ª Turma do STJ que condenou a clínica hospitalar a indenizar a vítima. O médico que fazia plantão não realizou um diagnóstico adequado à vítima, o que acarretou na perda de cinquenta por cento da chance de a paciente sobreviver.<sup>54</sup>

### **2.6.3 A quantificação da perda na seara médica**

A quantificação da perda da chance é um dos aspectos mais difíceis de ser concretizado. Nelson Nery e Rosa Maria Nery determinam que alguns padrões

---

<sup>52</sup> Ibidem, p. 80-83.

<sup>53</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 205.

<sup>54</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 259.

devem ser observados a fim de se chegar a uma quantificação justa, que não gere enriquecimento ilícito para a vítima, mas que também não seja ínfima ao ponto de não indenizar os danos sofridos de forma integral.<sup>55</sup>

Primeiramente deve ser feita uma análise de como a vítima estaria, ou seja, qual seria o seu provável estado no caso de a chance que ora foi perdida tivesse realmente ocorrido. Além disso, deve fazer uma conexão entre a chance perdida e a situação final da vítima, se realmente com a chance o estado não continuaria sendo o mesmo. Deve-se fazer uma análise da porcentagem da influência da chance perdida no resultado da vítima. Por fim, deve ser visto o valor da indenização caso a chance perdida realmente tivesse ocorrido e a vítima tivesse auferido a vantagem esperada ou evitado o dano.<sup>56</sup>

Deve-se ressaltar que, mesmo na responsabilidade civil pela perda de uma chance, a indenização deve ser na mesma extensão do dano. O dano nunca será a vantagem que a vítima deixou de ganhar, mas sim a própria chance perdida. Dessa forma, devem ser observados todos os aspectos que giram em torno da chance.

Fátima Nancy Andrigli explica que na responsabilidade civil na seara médica pela perda de uma chance, assim como em qualquer outra responsabilidade civil, a indenização deve abarcar tanto o dano patrimonial, como o extrapatrimonial sofrido pela vítima. Sucede que na seara médica a prova da ocorrência de um resultado diverso é bem difícil, visto que o evento morte ou cura podem ser causados por diversos fatores alheios ao ato do médico.<sup>57</sup>

Diante dessa dificuldade, pode ser adotada a inversão do ônus da prova, que o próprio Código de Defesa do Consumidor garante. Quando houver um grande obstáculo à vítima, ou seja, ao paciente que perdeu a chance de obter a cura, ou de

---

<sup>55</sup> NERY JUNIOR; NERY, op. cit., 206.

<sup>56</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de direito privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 206.

<sup>57</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 259.

evitar a morte, em provar o ato ilícito do médico, pode ocorrer a inversão do ônus probante, recaindo ao médico a prova de que agiu de forma lícita. Ou seja, demonstrar que utilizou de todos os meios necessários, que empregou a técnica correta e a melhor, que agiu de forma cautelosa em todos os procedimentos, entre outras obrigações.

## **2.7 A responsabilidade civil pela Perda de uma Chance no Direito do Trabalho**

Os autores Cláudia Mara, Carlos Brandão e César Rabelo afirmam que o direito do trabalho é uma das áreas em que há o maior número de ocorrência de casos que ensejam a responsabilidade civil pela perda de uma chance. O trabalhador tem o direito de ser protegido nas relações trabalhistas e admitir a reparação pela perda da chance é outra maneira de garantir a indenização integral a que o trabalhador faz jus.<sup>58</sup>

Não há possibilidade de negar a indenização pela responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito do trabalho, admitindo-a em outros ramos do direito. A relação entre o empregado e o empregador é uma relação em que é plenamente possível o cometimento de ato ilícito que gere a perda ao trabalhador em auferir uma vantagem ou em evitar um dano. Admitir a perda de uma chance nas diversas outras áreas e refutar no direito do trabalho é negar ao empregado o direito à dignidade da pessoa humana.

Quando se pensa em direito do trabalho é pacífico que há uma autonomia em relação às diversas outras áreas do direito. No entanto, admitir essa autonomia não implica o rompimento total com os outros ramos, o que corrobora para a aplicação da responsabilidade civil da perda de uma chance no direito do trabalho.

---

<sup>58</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, César Leandro de Almeida. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*. Rio de Janeiro: Simone Costa Salleti Oliveira, 2013. p. 40.

Vale ressaltar que sempre que há omissão nas leis trabalhistas, a lei civil é aplicada de forma subsidiária.<sup>59</sup>

Dessa forma, observa-se que tudo corrobora para a aceitação da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito do trabalho. A própria finalidade do direito do trabalho que tende a proteger mais o empregado faz com que a teoria da perda de uma chance seja totalmente compatível com esse ramo. Além disso, não há nenhum fundamento jurídico que impeça essa adoção.

### ***2.7.1 A responsabilidade civil pela Perda de uma Chance do Direito do Trabalho e sua aplicação na Jurisprudência***

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é uma matéria que vem sendo aplicada cada vez mais na Jurisprudência brasileira, e dessa forma ganhando mais respaldo. Ocorre que a aplicação desse tema ainda é considerada bastante nova no direito do trabalho. Os autores Cláudia Mara, Carlos Brandão e César Rabelo relatam o primeiro caso em que foi admitida a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito do Trabalho, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-MG/TRT da 3ª. Região).

Um empregado foi demitido da empresa em que trabalhava de forma não justificada, reprovável e ilegal, na mesma época em que teria logrado êxito em uma seleção de sua empresa. Ganhando esse processo, o funcionário iria receber o salário de forma dobrada, uma vez que passaria a supervisionar as vendas. O referido Tribunal concedeu a indenização ao empregado por entender que o empregador retirou a chance de o empregado em auferir uma situação mais favorável, visto que demitiu de forma incoerente.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, César Leandro de Almeida. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*. Rio de Janeiro: Simone Costa Salleti Oliveira, 2013. p. 42.



O TRT-MG julgou outro caso em que também foi admitida a perda de uma chance. A empresa foi condenada a pagar uma indenização a um trabalhador que foi dispensado, sem justa causa, um dia antes de novas eleições para tornar-se membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Sabe-se que os membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) tem estabilidade e só podem ter seus contratos rescindidos por justa causa. O empregado em tela já fazia parte da referida Comissão e iria se candidatar novamente. Dessa forma, a demissão do empregado foi ilícita e entende-se que a empresa retirou dele a chance de vigorar uma nova estabilidade que acabaria perto de sua demissão.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Ibidem, p. 44.

## **CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE CASO CONCRETO**

### **3.1 Análise do caso do “Show do Milhão”**

A análise jurisprudencial refere-se ao Recurso Especial n. 788.459, cuja relatoria foi do Ministro Fernando Gonçalves. Trata-se de um caso em que a perda da chance foi observada em um programa de televisão que formulou uma pergunta inapropriada e frustrou da vítima a oportunidade de auferir determinada quantia de dinheiro.

No dia 15 de Junho de 2000, Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos participou do programa conhecido por “Show do Milhão”. Esse programa consiste em um jogo de perguntas e respostas, cujos conteúdos são os mais diversos. À medida que o participante responde corretamente aos questionamentos realizados, vai acumulando dinheiro. A última pergunta vale R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), revestidos em barras de ouro. Caso o participante erre, perderá todo o dinheiro acumulado e deixará o programa sem receber quantia alguma de dinheiro. Na hipótese de desistir de responder a última pergunta, ficará com R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). O programa é dirigido pelo apresentador de televisão Sílvio Santos.

Ana Lúcia logrou êxito em todas as perguntas indagadas, exceto na última pergunta, ou seja, aquela que valia um milhão de reais. A pergunta formulada indagava qual a porcentagem do território brasileiro que a Constituição Federal reconhece como de direito aos índios. As respostas eram: 1 - 22%, 2 - 02%, 3 - 04% e 4 - 10%. A resposta correta era considerada a última, ou seja, 10% do território brasileiro. A participante, por entender não haver resposta correta, desistiu de responder, saindo com apenas R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), valor correspondente quando o participante erra a pergunta.

Ana Lúcia Serbeto propôs ação de indenização contra BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA., que é a empresa pertencente ao apresentador de programa de televisão, Sílvio Santos. A autora pleiteou a indenização de danos materiais, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por entender que a empresa formulou pergunta sem resposta e, dessa forma, impediu que auferisse o prêmio máximo. Além dos danos materiais, foram pedidos danos morais, uma vez que o sonho da autora de sair vencedora do programa foi frustrado.

A sentença acolheu o pedido da autora quanto aos danos materiais e condenou a empresa ré ao pagamento de todo o valor pleiteado, com acréscimo de juros legais, por entender que para a pergunta formulada, de fato, não havia resposta. A parte ré apelou alegando que a pergunta formulada comportava resposta.

O Tribunal de Justiça da Bahia negou provimento à apelação, reconhecendo a má-fé da apelante, uma vez que a Constituição Federal (CF) de 1988, de fato não estabelece um percentual certo reservado aos índios do território brasileiro. Dessa forma, colaciona o art. 231, da Carta Magna.<sup>62</sup> Foram opostos embargos de declaração que também foram rejeitados.

A empresa BF Utilidades Domésticas LTDA interpôs recurso especial, com base nas alíneas “a” e “c”, inc. III, do art. 105, da CF de 1988, com a alegação de violação aos artigos 118 e 1059, do Código Civil (CC) de 1916. No recurso especial, a recorrente afirmou não ser cabida a condenação, uma vez que a recorrida optou por não responder à pergunta. Além disso, aduziu que, mesmo com uma pergunta adequada, a participante do programa possuía apenas a possibilidade de acertar. Dessa forma, a condenação deveria ser reduzida ao montante de R\$ 125.000 (cento e vinte e cinco mil reais).

---

<sup>62</sup> Art. 231, caput, da Constituição Federal de 1988: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

O Ministro Fernando Gonçalves decidiu o recurso da seguinte forma. Primeiramente, afirma que a pergunta formulada, realmente, foi fruto de uma atitude de má-fé da recorrente, vez que a CF de 1988 não estabelece o percentual do território brasileiro garantido aos índios. O Ministro Fernando Gonçalves entendeu, de forma consoante com as instâncias ordinárias, que a recorrida deixou de responder a pergunta feita por culpa do recorrente que formulou de forma inviável a se ter uma resposta.

Não obstante, o referido Ministro afirmou que, ao fazer um juízo de probabilidade, não há como garantir que a participante do jogo, caso fosse indagada por uma pergunta com resposta, acertaria de forma categórica, levando o prêmio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Isso ocorre devido a diversos fatores, tal como o nível de dificuldade das perguntas durante o decorrer do jogo, o nervosismo da participante por estar diante de uma pergunta que, caso respondida de forma errada, sairia do programa sem quantia alguma.

O Ministro Fernando Gonçalves entendeu que faltou um pressuposto que ensejaria a condenação da recorrente na integralidade, assim como o acórdão condenou, que é a certeza de que a recorrida acertaria a questão formulada. No entanto, apesar de não ter essa certeza, como a pergunta realizada que poderia tornar a jogadora milionária era sem resposta, há de se reconhecer que houve um dano. Dessa forma, o Ministro Fernando Gonçalves confirmou que houve a perda da oportunidade da recorrida.

Portanto, o recurso especial interposto pela empresa BF Utilidades Domésticas LTDA. foi conhecido e dado parcial provimento a fim de reduzir a indenização para o valor de R\$ 125.000 (cento e vinte e cinco mil reais), por entender que diante de quatro alternativas, apenas com uma ela acertaria e levaria o prêmio total. Equiparou-se o dano aos lucros cessantes, portanto, considerou-se que foi apenas essa quantia que a recorrida deixou de lucrar.

Ao fazer a análise do mencionado caso concreto (acórdão anexo A) faz-se necessário esclarecer as características da teoria da perda de uma chance. A responsabilidade civil pela perda de uma chance decorre da perda da oportunidade de auferir uma vantagem ou de evitar um dano que é retirada da vítima por um ato cometido por outra pessoa. No presente caso em conteúdo, trata-se da perda da oportunidade de se auferir uma vantagem no futuro, que seria nesta hipótese econômica. Dessa forma, será discorrido especificamente em relação a essa espécie da perda de uma chance.

Para reconhecer a teoria da perda de uma chance, deve-se observar a perda da oportunidade e não do resultado. A oportunidade que a vítima perdeu deve ser séria e real e não o próprio resultado, uma vez que, como esse deixou de ocorrer, jamais haveria como fazer uma afirmação nesse sentido. No caso em conteúdo, a participante do programa deixou de auferir a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) devido à má-fé exclusiva do programa de televisão na formulação de uma pergunta que não havia resposta.

O dano decorrente da perda de uma chance é diverso do dano material e do lucro cessante, ou seja, é como uma terceira espécie de dano. O dano material é realmente o que a vítima já possuía quando ocorreu o evento danoso e lhe foi retirado. O lucro cessante é algo que já ocorria na vida da vítima, de forma comum, rotineira, e, principalmente, certa. Por outro lado, a perda de uma chance não é uma vantagem que, com certeza, aconteceria na vida da pessoa, uma vez que ainda não existia, mas foi a perda da oportunidade de auferir essa vantagem que tinha grande possibilidade de ocorrer.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a perda de uma chance da participante, no entanto, não distinguiu do lucro cessante, ou seja, deu mais ênfase ao resultado. No entanto, entende-se que a perda de uma chance é a perda da oportunidade de se obter um resultado favorável e não o resultado propriamente dito. Portanto, no caso em conteúdo realmente houve a perda da oportunidade de se obter R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Essa oportunidade

era séria e real, uma vez que a participante obtinha um brilhante desempenho no decorrer do programa e, por má-fé na elaboração de uma pergunta sem resposta, Ana Lúcia deixou de auferir a vantagem econômica esperada.

Alguns doutrinadores, em especial Sérgio Savi, entendem que a chance perdida contundente à reparação deve representar mais de 50% na probabilidade que a vítima tinha de auferir a vantagem. Entretanto, considera-se que houve uma interrupção no limiar normal dos eventos, cujos quais poderiam gerar uma grande vantagem ao lesado. Um fato alheio interrompeu a expectativa que uma pessoa tinha em relação a algo. Contudo, não há mais como afirmar com toda a certeza se o lucro ocorreria ou não. Dessa forma, a indenização é pela certeza de que, pelo menos, a oportunidade foi perdida.

Com isso, não é necessário estabelecer um percentual mínimo para ser possível a indenização pela perda de uma chance. Deve-se analisar o caso concreto e ser atento quanto à caracterização da chance perdida ser séria e real e não apenas uma mera probabilidade.

Assim, entende-se que o arbitramento do valor da indenização feito pelo STJ levou em consideração apenas o resultado, entendendo que a participante possuía apenas 25% de chance de acertar a resposta, visto que eram quatro alternativas e apenas com uma ela sairia vencedora. Então, foi arbitrado o valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). Ocorre que atribuir essa porcentagem é deixar de lado a perda da oportunidade que ela tinha de auferir o montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Conclui-se que não há como afirmar com veemência qual a porcentagem exata que a participante tinha em acertar a resposta, no entanto, foi totalmente retirada sua oportunidade de tentar acertar ao ser elaborada uma pergunta que não havia alternativa nenhuma como certa. Portanto, arbitrar o valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) pode ser considerada uma quantia ínfima, uma vez

que a perda da chance é a indenização correspondente à retirada da oportunidade de auferir alguma vantagem, e essa foi inteiramente extraída.

## CONCLUSÃO

O escopo primordial do ordenamento jurídico é impedir o ilícito e resguardar o lícito. Com o intuito de atingir tal objetivo, o próprio ordenamento estabelece obrigações a fim de instituir a paz social. Ao transgredir uma regra jurídica, um ato ilícito é cometido, e, na maior parte das vezes, esse ato pode gerar um prejuízo a alguém. Consequentemente, deve haver a reparação do dano causado. Diante desse preceito é que, então, vislumbra-se a ideia de responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, portanto, tem como finalidade garantir que a vítima seja reparada de forma integral. A indenização deve ter o condão de reestabelecer a vítima ao seu *status quo ante*, ou seja, àquele estado em que ela se encontrava antes da ocorrência do evento danoso. Uma vez limitando a reparação devida é exigir que a vítima suporte o ônus da parte não reparada, o que seria algo extremamente injusto, visto que o andamento natural dos fatos foi interrompido por um ato ilícito de outrem.

O próprio Código Civil (CC) brasileiro, de forma implícita, dita que os danos causados devem ser reparados em sua totalidade. A fim de atingir o objetivo da reparação integral, com o passar do tempo e com o advento de novos casos concretos de responsabilidade civil, os juristas e a própria Jurisprudência foram criando e aceitando novos mecanismos de reparação.

Um dos novos mecanismos de reparação da responsabilidade civil é aquele decorrente da perda da oportunidade de auferir uma vantagem ou a perda da oportunidade de evitar um dano futuro. É a chamada responsabilidade civil pela perda de uma chance. Os pressupostos para sua ocorrência são os básicos de qualquer responsabilidade civil - a conduta ilícita, o nexo causal e o dano.



Além dos requisitos supracitados, comuns a qualquer responsabilidade civil, a responsabilidade civil pela perda de uma chance tem um pressuposto próprio para que haja a configuração dessa responsabilidade e possível reparação. A chance perdida deve ser séria e real. É preciso que haja uma verdadeira probabilidade, a chance realmente deve ser potencial. Não há que se falar em reparação pela perda de uma chance quando a vítima tinha uma mera expectativa, a vantagem perdida era apenas uma hipótese, sem concretude.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance tem sido aceita cada vez mais nas decisões dos tribunais do Brasil. Isso ocorre exatamente pelo fato de tentar buscar a reparação integral do dano e, principalmente, por não haver no ordenamento jurídico do País nenhum dispositivo que impeça a aplicação dessa teoria.

Há diversos entendimentos a respeito da fixação de porcentagem mínima da chance do resultado acontecer para ensejar a perda de uma chance. Sérgio Savi, por exemplo, afirma que só é cabível a aplicação dessa teoria nos casos em que a chance perdida represente mais de 50% na probabilidade que a vítima tinha de auferir a vantagem. No entanto, não parece razoável aplicar um percentual mínimo, mas apenas analisar a concretude e seriedade da chance perdida, não aludindo às chances perdidas que eram meramente hipotéticas.

Outra questão controvertida em relação ao instituto da perda de uma chance é quanto à natureza jurídica do dano decorrente da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Até mesmo os Tribunais encontram dificuldade nesse quesito. Há quem entenda que é dano emergente, outros entendem como sendo lucro cessante e até dano moral.

Atualmente, a maior parte da doutrina considera o dano decorrente da perda de uma chance como sendo uma terceira espécie de dano, um dano autônomo. Dessa forma, pode-se afirmar que esse dano não é o dano material em si,

visto que a pessoa ainda não possuía a esperada vantagem. Também não é lucro cessante, uma vez que não era uma vantagem certa que já acontecia na vida da vítima. O dano decorre exatamente da perda da chance de auferir a vantagem esperada com grandes possibilidades de ocorrência.

Além disso, há entendimento que o dano decorrente da perda de uma chance seria dano moral. Ocorre que quando a vítima perde a oportunidade de auferir uma vantagem ou de evitar o dano, não necessariamente está sendo violado um direito seu de personalidade. Caso isso ocorra, poderá cumular o dano moral com o dano da perda de uma chance.

Por último, há também um ponto problemático no que diz respeito ao valor da indenização decorrente da perda de uma chance, ou seja, o *quantum debeatur*. A responsabilidade civil pela perda de uma chance ganha respaldo e proteção porque realmente houve a perda da chance de auferir uma vantagem. Entretanto, como não há que se falar em certeza dessa vantagem, o melhor entendimento é que o valor a ser indenizado deve ser reduzido. Caso fosse possível comprovar com a maior certeza que o evento frustrado ocorreria, o ofensor teria que arcar com tudo que a vítima deixou de auferir.

Um dos principais pontos controversos sobre a teoria da perda de uma chance é a natureza jurídica do dano decorrente dessa hipótese de responsabilidade civil. O caso do “Show do Milhão” analisado no terceiro capítulo é um exemplo do entendimento desse dano como sendo lucros cessantes. No entanto, esse entendimento não é razoável, uma vez que o lucro cessante é a perda de uma vantagem certa que já acontecia na vida da vítima. Por outro lado, o dano da perda de uma chance é apenas uma vantagem esperada com concretude, mas que ainda não havia ocorrido na vida da vítima.

Conforme o exposto, pode-se concluir que a responsabilidade civil pela perda de uma chance é outra forma de tentar atingir a reparação integral dos danos

decorrentes da responsabilidade civil. Esta teoria já está perfeitamente aceita pela doutrina e Jurisprudência brasileiras. Ademais, sua aplicação está em ascensão nas decisões dos magistrados, podendo ser encontrada em casos concretos até mesmo nos tribunais superiores. Entretanto, ainda falta resolver certos pontos controversos, a fim de que a perda de uma chance seja aplicada cada vez mais de forma igualitária e coerente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Revista Jurídica: a teoria da perda de uma chance a responsabilidade civil do profissional da saúde sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Revista Jurídica, 2013.

ANDRIGHI, Fatíma Nancy. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

ASSIS, Luiz Carlos de. *Revista Forense: a responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de Direito Privado: a responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem à Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, César Leandro de Almeida. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*. Cidade: Simone Costa Salleti Oliveira, 2013.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 788459/BA**. Quarta Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 08 de novembro de 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=592103&sReg=200501724109&sData=20060313&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=592103&sReg=200501724109&sData=20060313&formato=PDF)>.

**ANEXO A – ACÓRDÃO DO CASO DO SHOW DO MILHÃO***Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)****RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES****RECORRENTE : BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA****ADVOGADO : JOÃO BATISTA LIRA RODRIGUES JUNIOR E OUTROS****RECORRIDO : ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS****ADVOGADO : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTROS****EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta

Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Os Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator. Impedido o Ministro Aldir Passarinho Junior. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 8 de novembro de 2005 (data de julgamento).

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)****RELATÓRIO****O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:**

Cuida-se de ação de indenização proposta por ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS, perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador - Bahia - contra BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA, empresa do grupo econômico "Sílvio Santos", pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa "Show do Milhão", consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais.

Expõe a petição inicial, em resumo, haver a autora participado da edição daquele programa, na data de 15 de junho de 2000, logrando êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto à última indagação, conhecida como "pergunta do milhão", não respondida por preferir salvar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), posto que, caso apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, pondera haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão do pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo.

O pedido foi acolhido quanto ao dano material, sob o fundamento de que a pergunta nos termos em que formulada não tem resposta. Foi, então, condenada a empresa ré ao pagamento do valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) com acréscimo de juros legais, contados do ato lesivo e verba de patrocínio de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Houve apelação por parte da BF Utilidades Domésticas Ltda, que teve provimento negado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, consignando o acórdão, relatado pela Desembargadora RUTH PONDÉ LUZ, a seguinte ementa:

*"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLEITO DE REFORMADA SENTENÇA SOB ARGUMENTO DE COMPORTAR RESPOSTA A ÚLTIMA PERGUNTA FORMULADA À APELADA NO PROGRAMA DE TELEVISÃO DO SBT - "SHOW DO MILHÃO".*

*ARGÜIÇÃO DE POSSIBILIDADE VERSUS PROBABILIDADE DO ACERTO DA QUESTÃO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO APELANTE NO PAGAMENTO DO VALOR COMPLEMENTAR AOPRÊMIO (R\$ 500.000,00), À TÍTULO DE LUCROS CESSANTES, COM BASE NO "CRITÉRIO DA PROBABILIDADE" DO ACERTO.*

*ARGÜIÇÃO DE CARÊNCIA DE PRÊMIO PORQUE NÃO VERIFICADA ACONDIÇÃO SUSPENSIVA COM ARRIMO NO ART. 118, DO CÓDIGO CIVIL/1916. MATÉRIA NÃO VENTILADA NO PRIMEIRO GRAU. NÃO CONHECIMENTO.*

*CONSTATADA A IMPROPRIEDADE DA PERGUNTA EM RAZÃO DE APONTAR COMO FONTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE CONSIGNAÇÃO NA CARTA MAGNA DE PERCENTUAL RELATIVO A DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE O TERRITÓRIO BRASILEIRO. EVIDENCIADA A MÁ FÉ DA APELANTE. CONDENAÇÃO EM REPARAÇÃO DE DANOS COM BASE NO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.*

*Reza o art. 231, caput, da Constituição Federal: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens." (fls. 51/52)*



Embargos de declaração rejeitados (fls. 58/59).

No especial interposto a empresa, com arrimo nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, aponta violação aos arts. 118 e 1.059 do Código Civil de 1916, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta ser descabida a condenação no importe relativo ao prêmio máximo, porquanto a recorrida fez opção por não responder à última pergunta, não ocorrendo, em consequência, qualquer dano apto a justificar o ressarcimento a título de lucros cessantes. Aduz ainda que, mesmo na hipótese de questionamento susceptível de resposta adequada, haveria apenas simples possibilidade de êxito, devendo, em consequência, a ação ser julgada improcedente ou, alternativamente, reduzido o valor da indenização para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) que melhor traduz a perda da oportunidade.

Contra-razões às fls. 70/73.

Não admitido o recurso, foi o agravo de instrumento interposto convertido no presente especial, na forma do art. 544, § 3º, segunda parte, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

# *Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):**

Trago à colação parte do acórdão recorrido, *verbis* :

*"A pergunta a seguir transcrita, objeto de discussão no processo, é mais uma vez repetida, agora na petição de recurso:*

*"A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?*

*Resposta: 1 - 22%*

*2 - 02%*

*3 - 04%*

*4 - 10% (resposta correta)"*

*Ora, como bem afirma a ilustre Juíza **a quo** na sentença recorrida "A pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a **um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios ."***

*Assim sendo, não tem cabimento a irresignação da recorrente quanto a ter a **a quo** concluído no sentido de ser a pergunta "irrespondível", afirmando tratar-se de pergunta complexa que demanda raciocínio veloz do candidato, porque na Constituição Federal não há consignação de percentual relativo a percentagem de terras reservadas aos índios (...). (...)*

*Como bem salienta a Magistrada na decisão: "... a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa. E isso não se trata de uma "pegadinha", mas de*

*uma atitude de má-fé, quiçá, para como diz a própria acionada, manter a "emoção do programa onde ninguém até hoje ganhou o prêmio máximo." (fls. 53/54)*

Impende, feito o esclarecimento acerca do ponto em que se baseia a controvérsia, consignar que o tema relativo ao art. 118 do Código Civil (malgrado a referência, por equívoco, do despacho do em. Presidente do Tribunal **a quo** negando seguimento ao especial, ao art. 188 deste diploma) não foi objeto de debate e decisão na instância originária, sendo, portanto, por falta de prequestionamento, vedado ao Superior Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a eventual verificação da condição suspensiva. Como destacam jurisprudência e doutrina, não se pode verificar a correta interpretação e aplicação de determinada norma legal, se a causa não foi apreciada pelo acórdão "com base na matéria e nos dispositivos aduzidos pelo recorrente especial". Para que a Corte "possa analisar se as instâncias ordinárias interpretaram com acerto as normas nacionais ditas violadas pelo recorrente, efetivamente, como consectário lógico, o **decisum** impugnado deve ter adotado como motivação o conteúdo normativo dos dispositivos invocados como desrespeitados". (Breves Apontamentos sobre o recurso especial – JOSÉ SARAIVA - Instituto Capixaba de Estudos - ICE - vol. II - 1ª edição - pág. 494).

No mais, prequestionada que foi a letra do art. 1059 do Código Civil, o ven. acórdão, ressaltando haver a pergunta ter sido mal formulada, pois, ao contrário da Enciclopédia Barsa, de onde foi extraída a indagação, a Constituição Federal, em seu art. 231, não indica qualquer percentual relativo às terras reservadas aos índios (não incidindo no ponto a súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça, pois o julgado, mencionando o dispositivo constitucional relativo às terras indígenas, nele não se apóia), expõe:

*"No que pertine à condenação em perdas e danos, bem analisada a questão na irretocável sentença, com fundamento no art. 1059 do Código Civil, vigente à época do ajuizamento da demanda.*

*Afirma a ilustre Magistrada no **decisum**:*

*"As perdas e danos, conforme dispõe o art. 1059 do Código Civil vigente à época do ajuizamento da demanda, abrangem, além do*

*que o prejudicado efetivamente perdeu, o que razoavelmente ele deixou de lucrar.*

*Tratando do tema da perda de uma chance, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES aduz que: "Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia numa probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance, que o juiz apreciará **in concreto**, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização". (Curso de Direito Civil, vol. II, 5ª ed, pág. 375/376).*

*Cotejando-se esse entendimento com o disposto no referido art.*

*1059 do CC, constata-se que no caso em exame a autora deve ser indenizada em lucros cessantes, consistentes no benefício cuja chance perdeu de obter, mas que poderia ter obtido segundo o critério da probabilidade, ou seja, caso a resposta à pergunta formulada estivesse realmente inserida na Constituição Federal, autora teria tido a chance de responder corretamente e somar mais R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ao seu prêmio. Em outras palavras, é o valor que, segundo o curso normal do jogo, a autora poderia ter obtido, caso a conduta lesiva da ré não tivesse ocorrido."*

*Portanto, verifica-se acertada a condenação da apelante no pagamento da complementação do prêmio, ante o possível acerto pela autora da questão formulada no programa, que deixou de ser respondida, forçosamente, em razão de sua má elaboração, ensejando a privação da oportunidade da apelada alcançar o prêmio final, de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)."*

Firma mais o acórdão a tese do direito ao ressarcimento na letra do art. 879 do Código Civil de 1916, porquanto, no caso, a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor que deverá responder por perdas e danos, apoiando-se - ainda na denominada

teoria da perda de chance, sobre a qual, além de MARIA HELENA DINIZ, pronuncia-se SÍLVIO DE SALVO VENOSA:

*"Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento. (...) Caio Mário da Silva Pereira (...) observa:*

*"É claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade (perte d'une chance) e puder situar-se na certeza do dano."*

*Vimos, no capítulo inicial deste volume, que a denominada "perda de chance" pode ser considerada uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Não há dúvida de que, de futuro, o legislador irá preocupar-se com o tema, que começa a fluir com maior freqüência também em nossos tribunais. (...)*

*(...)*

*Também, como anota a doutrina com insistência, o dano deve ser real, atual e certo. Não se indeniza, como regra, por dano potencial ou incerto. A afirmação deve ser vista hoje com **granum salis**, pois, ao se deferir uma indenização por perda de chance, o que se analisa, basicamente, é a potencialidade de uma perda (...).*

*(...)*

*Como afirma Jaime Santos Briz (...),*

*"entre um extremo e outro cabe uma graduação que haverá de se fazer, em cada caso, com critério eqüitativo distinguindo a mera 'possibilidade' da 'probabilidade', e tendo em conta que talvez em algum caso seja indenizável a mera 'possibilidade', se bem que em menor quantidade do que a 'probabilidade', base dos lucros cessantes propriamente ditos".*

*Em muitas oportunidades, ao ser concedida indenização por lucros cessantes, os tribunais indenizam, ainda que em nosso país não se refiram ordinariamente à expressão, à perda de oportunidade ou perda de chance (...).*

*(...)*

*A oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade."*

Nestas circunstâncias, firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta "irrespondível", não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do **quantum** perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar. É, aliás, o que vem realçando a jurisprudência deste Tribunal, *verbis*:

*"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL NÃO ENTREGUE. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.*

*I - A expressão "o que razoavelmente deixou de lucrar", constante do art. 1.059 do Código Civil, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria delucrar aquilo que o bom senso diz que obteria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes.*

*II - Devidos, na espécie, os lucros cessantes pelo descumprimento do prazo acertado para a entrega de imóvel, objeto de compromisso de compra e venda." (RESP 320.417/ RJ, Quarta Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 20.05.2002 )*

No mesmo sentido: AGA 186.836/SP, DJ de 23.09.1999, e RESP 121.176/BA, DJ de 15.03.1999.

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do

programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão".

Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais)).

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma "probabilidade matemática" de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).



*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)****VOTO****O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:**

1. Sr. Presidente, primeiro, afasto a invocação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, porquanto não vejo, na espécie, fundamento autônomo do acórdão recorrido que não tenha sido abordado no recurso especial. Na verdade, pelo que depreendi, a fundamentação é una; não há, portanto, mais de um fundamento suficiente, e o recurso não tenha abrangido todos eles.

Considero, ainda, que na questão de mérito, enfocada na decisão recorrida, não há necessidade, também, do reexame de matéria fático-probatória, uma vez que a Turma está, neste momento, apanhando os fatos tal como delineados pelas Instâncias Ordinárias.

Estou de acordo com V. Exa., já abordando a questão de fundo, entendendo que, realmente, a indenização não pode ser tal como pretende a autora, ou seja, o prêmio total de 1 milhão de reais, porque isso somente ocorreria se ela tivesse acertado a pergunta formulada no programa. A lei estabelece claramente que os lucros cessantes abrangem o que razoavelmente o interessado deixou de lucrar. É a regra do art. 1.059 do Código Civil de 1916. Então, a meu ver, está bem claro que os 500 mil restantes não são devidos.

A solução que V. Exa. propõe, admitida de maneira alternativa pela ré, é a que me parece a mais correta e adequada. Penso que compõe, neste quadro todo, a indenização que a parte faz jus, proporcional à perda que ela teve com a má elaboração da pergunta, uma vez que na verdade, o que ocorreu foi a pergunta mal formulada.

Por essas razões, estou de pleno acordo com o voto de V. Exa.

3. Conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para reduzir a indenização a 125 mil reais.

# *Superior Tribunal de Justiça*

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2005/0172410-9

**REsp 788459 / BA**

Números Origem: 200401814254 3329672003 3679732004 899381802

PAUTA: 03/11/2005

JULGADO: 08/11/2005

### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

### **Ministro Impedido**

Exmo. Sr. Ministro : **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK**

### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA

ADVOGADO : JOÃO BATISTA LIRA RODRIGUES JUNIOR E OUTROS

RECORRIDO : ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS

ADVOGADO : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTROS

ASSUNTO: Civil

### **SUSTENTAÇÃO ORAL**

DR. JOÃO BATISTA LEMOS, pelo Recorrente.

DR. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO, pela Recorrida.

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 08 de novembro de 2005

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK  
Secretária